Kann das Landesrecht die amtliche Verwahrung der nichtöffentlichen außerordentlichen Testamente anordnen?

Auszug

aus einer Schrift zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von Referendar

Lothar Gottwald

in Zillerthal-Erdmannsdorf.

Gedruckt in der Buchdruckerei Emil Hampel in Weißwasser O.-L.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Rosenstock-Hüssy.

Zu der Frage, ob in Ermangelung reichsrechtlicher Vorschriften das Landesrecht die amtliche Verwahrung der nichtöffentlichen außerordentlichen Testamente anordnen kann, wird von der Regelung der amtlichen Verwahrung von Testamenten im Reichsrecht und Landesrecht ausgegangen; sodann wird nach Erörterung des verfahrensrechtlichen Charakters der Verwahrungsbestimmungen und der Gründe für das Fehlen einer einheitlichen reichsrechtlichen Regelung des Verwahrungsrechts die Frage geprüft, ob vom Landesrecht die Aufbewahrung zur Pflicht gemacht werden darf und hierbei auf den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht näher eingegangen

I. Die Regelung der amtlichen Verwahrung von Testamenten im Gesetz.

Es wird zunächst festgestellt, daß bei dem Testament zwei Hauptformen zu unterscheiden sind, nämlich die ordentlichen und die außerordentlichen Testamente. Von der Gruppe der ordentlichen Testamente werden das öffentliche Testament vor Richter oder Notar und das Privattestament umfaßt (§ 2 231 B.G.B.). Als außerordentliche Testamente sind das sogenannte Dorf-, Absperrungs- und Seetestament geregelt (§§ 2 249 bis 2 251 B.G.B.). Zu diesen außerordentlichen Testamenten tritt ferner noch das Militärtestament, für das besondere reichsrechtliche Vorschriften gelten.

Von den außerordentlichen Testamenten ist das Dorftestament, das vor einem Gemeindevorsteher unter Hinzuziehung von zwei Zeugen errichtet wird, ein öffentliches Testament und das Protokoll hierüber ist eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 Z.P.O.; dagegen ist das vor drei Zeugen aufgenommene Absperrungs- und Seetestament (sogen. Drei-Zeugentestament) kein öffentliches Testament und das Protokoll nur eine Privaturkunde. Die Drei-Zeugentestamente kann man deshalb auch als nichtöffentliche außerordentliche Testamente bezeichnen.

Sämtliche Testamentsformen haben die Aufgabe gemein, den Beweis des letzten Willens zu sichern. Die Erhaltung der Urkunde als Mittel zur Klarstellung der Erbfolge ist daher besonders wichtig. Als ein geeignetes Mittel hierfür erweist sich die amtliche Verwahrung.

Nach dem B.G.B. ist der Rechtszustand hinsichtlich der amtlichen Verwahrung folgender:

1. Von Amtswegen sind in die besondere amtliche Verwahrung zu nehmen: alle öffentlichen Testamente
2. Auf Verlangen des Erblassers sind die Privattestamente in die amtliche Verwahrung zu nehmen.

Für die ohne amtliche Mitwirkung errichteten nichtöffentlichen außerordentlichen Testamente der §§ 2 250, 2 251 B.G.B. sowie für die Militärtestamente ist eine amtliche Verwahrung nicht vorgeschrieben. Auch in

keinem andern Reichsgesetze ist eine Regelung der amtlichen Verwahrung für die nichtöffentlichen außerordentlichen Testamente erfolgt. Für das Militärtestament genügt gemäß § 38 des Reichswehrgesetzes vom 23. März 1922 neben der Aufbewahrung durch die Militärbehörde auch Auffindung im Feldnachlaß des Erblassers.

Durch das Landesrecht sind — und zwar fast durchweg in den Ausführungsgesetzen der Länder zum B.G.B. — lediglich Vorschriften über die Art der Verwahrung der ordentlichen und außerordentlichen öffentlichen Testamentsurkunden getroffen worden, dagegen fehlen auch im Landesrecht Bestimmungen über die amtliche Verwahrung der nichtöffentlichen außerordentlichen Testamente.

II. Darf die amtliche Verwahrung der nichtöffentlichen außerordentlichen Testamente vom Landesrecht zur Pflicht gemacht werden?

Vor der näheren Erörterung dieser Frage wird noch über den Charakter der Verwahrungsvorschriften und über die Gründe, weshalb überhaupt eine eingehende reichsrechtliche Regelung der amtlichen Verwahrung von Testamentsurkunden unterblieben ist, gesprochen.

Hinsichtlich des Charakters der Verwahrungsvorschriften wird festgestellt, daß das ganze Verwahrungsrecht unter die Rubrik der freiwilligen Gerichtsbarkeit fällt, weil die Verwahrungsvorschriften dem Rechtsschutz dienen, der auf Verwirklichung des Rechtmäßigen hinwirkt und so dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechen, welche die außerhalb der streitigen Zivilgerichtsbarkeit liegenden, dem unmittelbaren Rechtsschutz unterliegenden Verfahren umfaßt. Für Vorschriften, die das Verfahren betreffen, ist das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschaffen worden. Da sich die Bestimmungen über die amtliche Verwahrung von Testamenten nur auf das Verfahren beziehen, hätte man daher mit Recht erwarten können, daß die Regelung der amtlichen Verwahrung von Testamenten in dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolgte. In diesem Gesetz sind aber keinerlei Verwahrungsbestimmungen für ordentliche und außerordentliche Testamente enthalten.

Die Arbeit führt dann weiter aus, daß sich Verfahrensvorschriften aber nicht allein im F.G.G., sondern auch noch in anderen Reichsgesetzen und vor allem im B.G.B. finden; erwähnt werden besonders die §§ 2 246, 2 248, 2 249, 2 250 Abs. 1 B.G.B., die von der amtlichen Verwahrung der ordentlichen und außerordentlichen öffentlichen Testamente handeln. Den Grund dafür, weshalb im B.G.B. selber eine eingehende Regelung der amtlichen Verwahrung nicht erfolgt ist, läßt die Entstehungsgeschichte des B.G.B. deutlich erkennen. Von den Motiven zu § 1932 (jetzt § 2 246 B.G.B.) ausgehend, wird dargetan, daß die Kommission für die zweite Lesung der Meinung war, daß die Vorschriften über die Verwahrung der letztwilligen Verfügungen in das Reichsgesetz über die Angelegenheiten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verweisen seien; trotzdem hielt sie es aber für angebracht, daß in das B.G.B. eine materielle Bestimmung des Inhalts gehöre, daß dem Testierenden über das zur amtlichen Verwahrung gebrachte Testament ein Hinterlegungsschein ausgehändigt werden solle. Den Grund dafür, weshalb in dem F.G.G. die ursprünglich

vorbehaltene Regelung der amtlichen Verwahrung nicht erfolgt ist, wird man wohl darin zu suchen haben, daß es der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen für angebracht hielt, der in das B.G.B. gehörenden materiellrechtlichen Bestimmung über den Hinterlegungsschein auch gleich verfahrensrechtliche Bestimmungen über die amtliche Verwahrung hinzuzufügen.

Anschließend hieran wird der Vollständigkeit halber noch erörtert, daß das Landesrecht ohne weiteres für legitimiert angesehen werden darf, zu bestimmen, daß die nichtöffentlichen außerordentlichen Testamente auf Verlangen in die amtliche Verwahrung zu nehmen sind.

Sodann geht die Arbeit auf die Frage ein, ob das Landesrecht auch berechtigt ist, die amtliche Verwahrung der nichtöffentlichen außerordentlichen Testamente zur Pflicht zu machen. Diese Frage ist für den Fall zu bejahen, wenn die Verwahrungsvorschriften als öffentlichrechtliche Vorschriften anzusehen sind.

Es wird ausgeführt, daß das Gesetz ein sicheres Unterscheidungsmerkmal, wann öffentliches und wann privates Recht vorliegt, nicht gibt. Um feststellen zu können, ob die Verwahrungsvorschriften öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Art sind, bedarf es deshalb zunächst einer Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht. Hierbei wird dargelegt, daß die Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht bis auf das römische Recht zurückgeht, daß sich aber auch in der neuesten Zeit eine einheitliche Theorie des öffentlichen Rechts nicht gebildet hat, obwohl es an Versuchen daran, zwischen dem Privatrecht und öffentlichen Recht eine feste Grenze zu ziehen, nicht gefehlt hat. So hat man z.B. versucht, die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nach dem Gesichtspunkt der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte zu treffen und gesagt, daß es sich um privates Recht handelt, wenn diese als gleichgeordnete nebeneinander stehen, daß es sich aber um öffentliches Recht handelt, wenn wenigstens eins der beteiligten Rechtssubjekte mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet ist. Träger der hoheitlichen Gewalt sei in erster Linie der Staat. Der Staat ist aber nicht nur Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts, sondern er kann auch als Privatrechtssubjekt auftreten (so z.B. wenn er als Fiskus auftritt). Eine absolute Grenze dafür, wann der Staat als Träger öffentlicher Gewalt in Erscheinung tritt und wann nicht, gibt es aber nicht. Deshalb kann auch die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht ohne weiteres von der Verschiedenheit der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte abhängig gemacht werden, eben weil diese Abgrenzung nicht genau genug ist. Weiter wird dargetan, daß auch die Ordnung der Gerichtszuständigkeit oder die Stellung einer Vorschrift in einem Gesetz keinen Anhalt für die Abgrenzung des Privatrechts gegen das öffentliche Recht gewährt, weil es sich in diesen Fällen ebenfalls nicht um ein unbedingt sicheres Anzeichen handelt. Tatsache ist vielmehr, daß sich eine absolute, für alle Zeiten gültige Grenzlinie, welche öffentliches und privates Recht von einander scheidet, gar nicht ziehen läßt.

Im folgenden wird nun darauf hingewiesen, daß bei der Untersuchung der Frage, welche Rechte als öffentliche und welche als Privatrechte zu konstruieren sind, der Gesichtspunkt des öffentlichen Inter-

esses eine nicht unbedeutende Rolle spielt. Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ wird in doppelter Bedeutung angewandt:

1. wird damit das Gebiet des öffentlichen Rechts gekennzeichnet,
2. soll damit die zwingende Natur eines Rechtssatzes oder der Ausschluß der Privatverfügung über ein Rechtsverhältnis begründet werden.

Unzutreffend wäre es aber davon auszugehen, daß das Privatrecht Privatinteressen, das öffentliche Recht öffentliche Interessen zu schützen bestimmt ist; denn schon die Existenz eines großen Grenzgebietes, auf dem Privat- und öffentliches Recht sich berühren, läßt eine Wechselwirkung beider im Rechtsleben als gewiß erscheinen. Es wird ausgeführt, daß zum Beispiel das öffentliche Interesse bei der Ausgestaltung des Familienrechts in höherem Maße mitgewirkt hat, als bei anderen Materien des bürgerlichen Rechts, leiden doch die Sätze des Familienrechts zu einem Teil (z.B. die Eheschließungs-, Ehehindernis- und Eheauflösungsregeln) keine Abänderung durch den übereinstimmenden Willen der Beteiligten. Daß die familienrechtlichen Verhältnisse aus Gründen des öffentlichen Interesses durch zwingende Normen geordnet werden, stempelt das Familienrecht aber noch nicht zu einem Gebiete des öffentlichen Rechts. Es ist zwar alles öffentliche Recht zwingender Natur; keineswegs ist aber der Kehrsatz, daß alle zwingenden Normen dem öffentlichen Recht angehören, logisch begründet. Die rein familienrechtlichen Normen des B.G.B. erweisen sich als privatrechtliche dadurch, daß aus ihnen unmittelbar ein D ü r f e n entspringt, das allerdings durch machtversagende und verbietende Rechtssätze derart eingeschränkt wird, daß der Disposition weniger Raum bleibt als in anderen Rechtsverhältnissen. Bezüglich der Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist letzten Endes entscheidend, nach welchem Gebiet das Übergewicht der Interessen hinweist.

Nach dieser Deduktion über die Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht wird der Charakter der Verwahrungsbestimmungen näher geprüft.

Auch die im B.G.B. getroffenen Verwahrungsvorschriften der §§ 2246 und 2248 verweben öffentliches und privates Recht miteinander. Von diesen Bestimmungen ausgehend wird festgestellt, daß die amtliche Verwahrung nicht als ein Akt der Testamentserrichtung angesehen werden kann, da die genannten Verwahrungsbestimmungen keine für die Gültigkeit der Testamentserrichtung wesentlichen Voraussetzungen enthalten. Die Elastizität der Verwahrungsvorschriften zeigt sich auch darin, daß dem Erblasser jederzeit das Recht zusteht, die Rückgabe seines Testaments aus der amtlichen Verwahrung zu verlangen (§ 2256 Abs. 2 B.G.B.). Andererseits besteht aber für die Gerichte die Pflicht, die Testamente — entweder von Amtswegen (§ 2246 B.G.B.) oder auf Verlangen (§ 2248 B.G.B.) — in amtliche Verwahrung zu nehmen. Dieser mit der ordentlichen Verwahrung verbundene Vorteil der größeren Rechtssicherheit aber liegt im öffentlichen Interesse.

Die Frage, ob nun bei den Verwahrungsvorschriften das öffentliche Interesse gegenüber dem privatem überwiegt, wird dahin beantwortet, daß bei den Verwahrungsvorschriften der zivilrechtliche Charakter vor-

herschend ist und daß damit dem Landesrecht jeder Zwang versagt ist. Im einzelnen wird hierzu folgendes ausgeführt:

Der mit der ordentlichen Verwahrung verbundene Vorteil der Rechtssicherheit verliert dadurch an Bedeutung, als die Tätigkeit der Verwahrungsbehörden nicht soweit geht, daß ihre Organe bezüglich der amtlichen Verwahrung von Testamenten anordnend vorgehen könnten. Im Gegenteil bleibt der Disposition des Erblassers noch ein recht erheblicher Spielraum; bei den Privattestamenten steht es überhaupt in seinem Belieben, ob er diese zur amtlichen Verwahrung bringen will oder nicht und die öffentlichen Testamente kann er auch jederzeit aus der amtlichen Verwahrung zurückverlangen. Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber davon abgesehen hat zu bestimmen, daß der Erblasser verpflichtet ist, sein Testament in amtliche Verwahrung zu bringen, folgt, daß die Tendenz des Gesetzgebers dahin ging, daß das gesamte Verwahrungsrecht Privatrecht sein sollte. Dies ist umsomehr anzunehmen, wenn man bedenkt, daß ja die für den Erbfall aufgestellten gesetzlichen Erbfolgeregeln genügend Rechtsicherheit bieten, sodaß demgegenüber der durch die amtliche Verwahrung der Testamente geschaffene Vorteil der Rechtssicherheit verblaßt. Aus diesen Gesichtspunkten heraus wird man also das gesamte Verwahrungsrecht als überwiegend privatrechtlich ansehen müssen. Da aber bei diesem immerhin ein öffentlichrechtlicher Einschlag unverkennbar bleibt, wird man die rechtliche Natur der verfahrensrechtlichen Verwahrungsbestimmungen am besten dahin charakterisieren, als man sagt, daß es sich bei ihnen um im öffentlichen Interesse erlassenes Privatrecht handelt.

Damit ist aber die Frage, ob das Landesrecht die amtliche Verwahrung der nichtöffentlichen außerordentlichen Testamente zur Pflicht machen darf, im verneinenden Sinne entschieden.